

〈判例研究〉

判例：最二小判平成24年12月14日民集66 巻12号3559頁

判示事項：根保証契約の主債務の範囲に含まれる債務に係る債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日前にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において上記債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができる。

松 田 佳 久

目 次

1. 事 案
2. 原審の判断
3. 最高裁の判断
4. 検 討
5. 私 見

1. 事 案

原審（東京高判平成23年5月31日金判1408・20）の適法に確定した事実関係の概要は以下のとおりである。

株式会社Aは、平成19年6月29日、有限会社Bに対し、弁済期を平成20年6月5日として8億円を貸し付けた（以下、貸付金1という）。Yは、平成19年6月29日、Aに対し、Aを貸主とし、Bを借主とする金銭消費貸借契約取引等により生ずる、貸付金1に係るものを含むBの債務を主債務とし、極度額を48億3,000万円、保証期間を平成19年6月29日から5年間とする連帯保証をした（以下、本件根保証契約という。）。また、Aは、平成20年8月25日、Bに対し、弁済期を平成21年8月5日として7億円を貸し付けた（以下、貸付金2という）。

さらに、Aは、平成20年8月25日、Bに対し、弁済期を平成21年8月5日として9,990万円を貸し付けた（以下、貸付金3という）。

Aは、平成20年9月26日、貸付金2および3に係る債権を株式会社Cに譲渡し、Cは、同日、当該各債権をXに譲渡した。

本件は、根保証契約の主債務の範囲に含まれる債務に係る債権（以下、被保証債権という。）を当該根保証契約に定める元本確定期日前に譲り受けたXが、保証人であるYに対し、保証債務の履行を求めた事案である。

2. 原審の判断

原々審では、YはAとBとの間の消費貸借契約の錯誤無効、信義則違反ないし事情変更の法理による根保証契約の解約、信義則違反ないし事情変更の法理による保証債務の範囲の縮減・制限、過失相殺などを抗弁として主張し、Xと争ったが、原々審は、Yの上記主張をすべて排斥し、Xの請求を認容した。なお、原々審で根保証の元本確定期日前の随伴性は争点とならなかった。

原審でYは、根保証には元本確定期日前の随伴性がない旨、新たに追加主張し争った。すなわち、「根保証契約は、一定範囲の債権を被担保債権とした上で、極度額として設定した枠内の債権を担保する点、元本確定期日までに生じた一定の枠内の債権を担保する点で根抵当権とその性質を同じくするものである。そして、元本確定前の根抵当権については随伴性がなく、被担保債権が移転しても根抵当権は移転しないとされている（民法398条の7第1項）。これは、元本確定前に被担保債権の移転を認めると法律関係が極めて複雑となるので、一律にその随伴性を否定したのであり、根抵当権と根保証との法的性質及び機能等の共通性、根抵当権における元本確定前の随伴性が否定されている趣旨等を考慮すると、根保証についても保証の額が確定するまでは同様に随伴性がなく、被担保債権が譲渡されても根保証は移転しないと解するべきである。」とし、「本件においても、保証の額は未だ確定しておらず、根保証に随伴性がない以上、被控訴人の控訴人に対する本件根保証契約に基づく保証債務履行請求は、失当である。」とした。

これに対し、原審は、根保証の元本確定期日前の随伴性を肯定等して、Yの

控訴を棄却した。その理由として重視されたのは、根保証に随伴性を否定する明文規定がない点である。随伴性が明文により否定されていない点を捉え、「根抵当権と異なりむしろ随伴性を肯定する趣旨であると解するのが相当である。」と判示している。

Yの主張した随伴性を肯定することによる法律関係の複雑化については根抵当権にはあてはまるが、根保証にはあてはまらないとしている。

3. 最高裁の判断

「被保証債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日前にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において被保証債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができるというべきである。」とする。

須藤正彦裁判官の補足意見を借りて説明すれば次のとおりである。

すなわち、根保証契約は物権である根抵当権と異なり、契約自由の原則が適用される。よって、元本確定前に随伴性を生じないとの合意をすることも自由であり、本件にあって本件根保証契約書の記載文言に沿った合理的意思解釈をしても、当該合意がされたとみることはできないとした。

本判決は明示するものではないが、須藤裁判官の補足意見をも勘案すれば、原則として根保証の元本確定期日前の随伴性は肯定されるということになる。

4. 検 討

本判決は、元本確定前の保証人への請求の可否と元本確定前に根保証の対象となっている債権が譲渡された場合の保証債務の随伴性につき、判断を下したものと解されている¹⁾。この点を確認する前に、まずは、これまでの学説の対立から見ていくものとする。

(1) 個別保証集積説と根抵当権類似説との対立²⁾

個別保証集積説からすれば元本確定前請求は可能であり、確定前請求に応じ

た場合、保証人は法定代位をなしうる。そして、元本確定前における主債務の譲渡に伴い保証債務も随伴すると捉えるのが一般的主張である。これに対し、根抵当権類似説からすれば、元本確定前請求は不可であり、確定前請求に応じたとしても保証人は当然に法定代位をなさない。そして、元本確定前において主債務が譲渡されても保証債務は随伴しないと捉えるのが一般的主張である。

①個別保証集積説

「継続的保証にあつては、保証人は、保証契約成立後その終了に至るまで、終始、継続的に、抽象的基本的保証責任を負担し、契約所定の一定の事由の発生するごとに、この基本的保証責任から派生的に発生する支分債務としての具体的保証債務を負担する³⁾」との主張にみるように継続的保証は個別保証の集積にすぎないとの考え方である。これからすれば、確定期日到来前において履行請求できるということであり、その場合の「元本の確定」の概念は、被保証債権の発生⁴⁾の終期を区切るだけの意味しかないということになる。

また、元本確定期日前でも、保証債権の一つが譲渡されれば、それに対応する具体的担保である支分権的債権としての保証債務も当然に随伴するのである。⁵⁾

付従性についてもしかりである。すなわち、主債務が発生するごとに保証債務も発生（成立における附従性）し、当該主債務の存続中はそれに対応する保証債務も当然に存続する（存続における附従性）。そして、すでに発生している複数の主債務のうちのいくつかが主債務者等による弁済その他の原因（無効、取消）によって消滅すればそれに対応する保証債務も消滅する（消滅における附従性）のである。

そして、貸金等根保証にあつては、主債務者が負担した個々の債務について、個別に根保証人は全く同じ内容の債務を負担しているのであって、効力要件である極度額によって、その支払総額の枠、つまり責任限度額だけが決まっている保証と捉えることができよう。⁷⁾すなわち、貸金等根保証契約における根保証の意義は、確定期日到来後の保証債務を負担しないという時間的制限（被保証債務の終期を区切る）と、極度額を超える保証債務を負担しないという量的制限という2つの制限によって根保証人の責任を限定することにあるといえる。

②根抵当権類似説

この説は保証を根抵当権に近づけて、保証期間が終了した時点で存在する債務を一切担保するものであるが、我妻栄博士が主張する説である。すなわち、「根保証・信用保証においても、保証人の一般財産による責任が現実の担保価値として把握され、将来その保証が実現される際に、確定された債権によってその帰属と数量とが決定される——それまでの経過における被担保債権の変動とは無関係である—とみる⁸⁾」のである。

したがって、「元本の確定」の概念は、被保証債権の発生を終期を区切る意味の他、根保証により保証される主たる債権を特定する意味を有することになり、保証期間継続中に個々の被保証債権を譲渡しても、その被保証債権は根保証により保証される範囲から外れる（または、のちの元本の確定時点において根保証により保証される主債権に含まれない）ということになる。

また、我妻博士は、根保証は随伴しないとし、それが保証人の通常の意味に合致するとしている。⁹⁾

③批判と主張

A. 元本確定前請求

根抵当権類似説と個別保証集積説は、それぞれ支持する学者からその法的効果につき相互に批判がなされている。

個別保証集積説からは、元本確定前¹⁰⁾に履行請求ができなければ金融実務が機能しないという指摘がなされている¹¹⁾。その根拠としては本判決原審と同様、元本確定前請求を禁止する明文規定がないこと、民法465条の4 1号は、保証人の財産への債権者による強制執行を確定事由としているので、確定前の保証債務の履行請求が可能なことを論理的前提としていると解されること、¹²⁾が挙げられている¹³⁾。

これに対しては、極度額の定めのない根保証契約における根保証人は、債権者が元本を確定させないまま、主債務者とさらに取引を継続することにより、際限なく過大な責任を負わされることになりかねないとし、保証債務は確定後にのみ履行すべきだとの反論がなされている。¹⁴⁾

さらに、元本確定前の履行請求と同様の効果を根抵当権類似説でも生じさせ

るために、民法398条の19第2項を類推適用して、債権者による元本確定請求を認めるべきとの主張がなされている。すなわち、債権者に元本確定請求を認めれば、保証人の保護になっても不利益となることはないし、根抵当権類似説を保持しながら、金融実務に対処でき、理論的破綻を食い止めることができる¹⁵⁾というのである。

実務側の意見に目を転ずると、確定前の保証人に対する保証債務の履行請求につき、銀行側からは肯定する意見が示されている。その理由としては、①根保証は根抵当権とは異なり物権法定主義の制約はなく、契約自由に任されること、②後順位抵当権者を考える必要がないこと、③保証人の人的信用を担保しているため、部分的実行が可能であること、が挙げられている¹⁶⁾。

反対に大阪弁護士会は確定前の履行請求に反対の立場を採っている。すなわち、主債務者がデフォルトしても破産していない限り元本が確定しないので、確定がなく債権者が保証債務の履行請求できないというのは酷だということについては、端的に債権者に確定請求権を認めればよいとして、根抵当権類似説を保持しながら、元本確定前の履行請求と同様の効果を生じさせる見解を支持している¹⁷⁾。

ところで、元本確定前の履行請求については次の問題点が指摘されている。すなわち、元本確定前に保証人から弁済を受けた後で更に主債務者に貸付を重ね、そして、それについて保証人の責任を問うことが可能になるという帰結は、もっぱら保証人を当てにした貸付であって社会的に相当でない。このような保証人への請求は信義に照らして許されないものと解すべきとする¹⁸⁾。

B. 極度額への算入

元本確定前請求を認めた場合には、保証人が任意に履行に応じた後、元本が確定し、極度額満額の履行請求がなされたとすると、当該極度額と任意履行した額とを合算すると極度額を上回る保証債務を根保証人が履行したことになり、不合理な結果となるが、根抵当権を併用している根保証契約においては、根抵当権については確定したが、根保証については未確定という状態となった場合、この問題はさらに顕著となるとの指摘がなされている¹⁹⁾。

これについては、実務の立場から、極度額500万円の根保証契約の根保証人が、

債権者から300万円の保証債務の履行請求を求められた場合、その履行に応じたならば、残りは200万円について責任を負えばよいと考えるのが一般人の感覚であるとし、後日、元本確定後にさらに500万円の保証債務の履行請求を受けるのは、根保証人にとって不測の事態であるとの指摘がなされている。そして、債権者としては、極度額の定めのある根保証契約については、極度額を限度とする人的担保であることを十分承知しているのであり、極度額を超える債権について根保証人に履行請求できなくとも不測の損害を被ることはないとし、元本確定前の根保証人による任意弁済額は極度額に算入すべきことを主張する。²⁰⁾ 極度額への算入につき、個別保証集積説において異論は見られない。²¹⁾ 算入が認められないと、極度額というものが保証人の責任限度の明瞭な認識を可能にする、といった機能をもつことが没却され、任意の弁済に積極的であった保証人ほど不利益を受ける、という不合理な結果となるからである。²²⁾

また、元本確定前の債権譲渡における保証債務の随伴性を肯定した場合の極度額への算入についても問題点が指摘されている。すなわち、被保証債権が極度額を超過しており、その一部が譲渡された場合、根保証が随伴した譲渡債権額分の極度額が減るのか、譲渡人と譲受人の債権額に応じて極度額が按分されるのか、あるいは極度額が尽きるまでは両者とも保証人に履行請求できるのか²³⁾ 明らかではないとする。これについては、特約がなければ最後の方法での対応になるであろう。

C. 随伴性

個別保証集積説では、本判決と同様、契約当事者の意思を論拠とするものと、原审と同様、明文規定がない旨を論拠とするものがあるも、元本確定前において主債務の譲渡に保証債務が随伴するのであるが、この点につき、根抵当権類似説から次の異論が唱えられていた。すなわち、元本確定前における主債務の譲渡に保証債務が随伴するということになれば、複数の債権者との関係で債権が存することになり、法律関係が複雑化する。具体的には、当初の債権者および被保証債権の譲受人と保証人との間の法律関係や、当初の債権者と被保証債権の譲受人との間の法律関係がどのようになるか明確であるとはいえないとする。²⁴⁾

また、随伴性につき、一般の担保についても、明文で認められているわけではなく、単に担保権の性質から議論しているにすぎないのであって、明文がないからといって随伴性を肯定すべきではないとの指摘がある。そして、貸金等根保証契約の民法への規定については、保証人の債務ないし責任が過酷となる場合が少なくなく、社会問題化した経緯からであって、元本確定期日前の被保証債権譲渡における根保証の随伴性の有無について特別に意識して、規定が設けられたわけではないから、明文規定がないことを盾にとって随伴性を肯定すべきではないとする指摘もなされている。²⁸⁾

法律実務家の立場からは、根保証人にとって、債権者が誰であるかは重大な関心事である。自分の責任の及ばないところで予期せぬ債権者に対する確定していない債務を負わされることになるのは、不測の危険が生じる可能性がある。もともと不安定な立場にある根保証人により以上の責任を負わせるべきではないとして元本確定前の随伴性に否定的見解が提示されている一方、銀行側からは肯定的な見解が提示されており、法律実務家と銀行実務家とでは見解が分かれている。²⁹⁾

これについては、根保証の随伴性を認めるとすると、当事者間の関係が複雑になることは避けられないが、継続的な取引から生ずる被保証債権の総額が保証極度額を超える場合に、どの債権が保証債務の対象となるかに関して、明確な規範があれば、随伴性を認めてもよいとする条件付き認容が主張されていたが、このような随伴性に関する条件付き認容の見解の存在は、保証契約的側面を重視するか、根抵当権的側面を重視するかというどの制度を重視するかといった択一的な制度論にとらわれないより実態にあった柔軟な解決を指向する中間的見解の出現を示唆するものである。事実、銀行実務家からは中間説が主張されている。³⁰⁾すなわち、特約がない限り、元本確定前の履行請求は認めるが、元本確定前に被保証債権が譲渡された場合に保証債権の随伴性は否定されるべきであるとする。³¹⁾

D. 整 理

元本確定前請求にあつては、個別保証集積説と根抵当権類似説とが対立するが、根抵当権類似説は元本確定前請求できない場合の銀行実務上の不都合を解

消すべき、民法398条の19第2項の類推適用で債権者に元本確定請求を認めることを提唱する。

極度額への算入については根抵当権類似説では考慮する必要はないが、個別保証集積説あるいは中間説にあつては否定するものではない。

しかし、元本確定前の主債務の譲渡に保証債務が随伴するか否かについては、根抵当権類似説は否定的立場であり、個別保証集積説は肯定的立場であるが、より実態的な解決を図るべき提唱された、制度にこだわらない中間説は元本確定前請求を肯定するも随伴性を否定している。中間説にあつては実務的観点が重視されてはいるが、随伴性の否定については根保証人の一般的意思の尊重ということもいえるであろう。いずれにしても元本確定前請求の認容と随伴性否定を合理的に説明する理論的論拠が必要なところであろう。

なお、これまで主張されてきた見解以外に、保証人の属性をも勘案して解釈すべきとする見解も主張されている。³⁵⁾

(2) 本判決の評価

本判決は、直接的には保証期間と極度額が合意された一般根保証契約の解釈準則である。しかし、契約当事者が契約書でも用いた「保証期間」の文言を用いて定式化することをせず、わざわざかつこ書きを設けて保証期間の満了日の翌日を元本確定期日と定義し直した上で、「元本確定期日前」の保証債権の請求の可否や随伴性の有無の問題として定式化した点や、保証人が個人である場合と法人である場合とで意識して区別していない点からすれば、本判決の考え方は、貸金等根保証契約についても妥当するものと一般的に解されている。³⁶⁾

そして、本判決は、原審の論旨（明文規定がない点は、根抵当権とは異なり、随伴性を肯定する趣旨である）を採用せず、根保証契約の解釈および当事者間の合意に論拠を求めていると解されている。³⁷⁾

その結果、貸金等根保証については、個別保証集積説を採用したかに見える。すなわち、根保証は個別保証の集積であり、①元本確定前に債権者は保証人に履行請求ができ、②元本確定前に、根保証の対象となっている債権が譲渡された場合に、保証債務もそれに随伴するのである。そして、元本確定時には極度額を責任上限として根保証人が保証債務を履行することになるのである。

ただし、根抵当権類似説であっても、根保証と併存して個別保証がされていると考えることはできることから、かならずしも本判決が個別保証集積説³⁸⁾に立つて判断したものとはいえないとする見解も主張されているが、疑問である。根保証と併存して個別保証がされているものとした場合、根抵当権類似説は、元本確定後にのみ極度額を責任上限として負担する保証債務を限定することによって根保証人が過大負担とならないようにすることも一つの目的としているにもかかわらず、これとは別に極度額の縛りのない個別保証を併存してなされていると解することは、根抵当権類似説の上記目的を大きく逸脱することになるからである。

一方、実務的には、随伴性については意識されていないが、元本確定前の保証債務の履行請求は可能と考えているのが大半である³⁹⁾とされていることから、本判決に賛意を示す見解が多いことであろう。

ただし、実務上、元本確定前の履行請求で極度額との関係につき不明確性が指摘されている。極度額を上回る被保証債権が存する場合に、債権者はどの債権についても請求してよいのか、それとも主債務額の合計額に対する極度額の割合で請求することになるのか問題が生ずると指摘されている。この指摘は元本確定前の任意弁済額が極度額に算入されるかという点も含め、残された論点であるといえよう。

ところで、本判決は根保証契約に何らの特約のない場合の標準となる契約解釈を示したものである。根保証には契約自由の原則が適用されることから、元本確定前請求をできないこととし、元本確定時に存する債権を極度額の責任限度で保証債務を負うとする特約も当然有効であるし、債権譲渡がなされても保証債務は随伴しないとの特約もちろん有効であり、当該特約を組み合わせることにより、根抵当権類似説の主張する根保証を作り出すことができるのである⁴¹⁾。

なお、履行請求後においてもなお被担保債権の流動性を認めるか否か、すなわち、履行請求後に発生した債権も保証の範囲に含まれるか否かについては、本判決では判断していない。本件はそのような履行請求後に発生した債権につき保証債務の履行を求めたものではないから、この点につき、本判決が、元本確定前の履行請求の肯定をあえて宣言する必要はなかったとの指摘もなされて

⁴²⁾
いる。

5. 私 見

(1) 元本確定前請求と極度額への強制的算入

極度額の定めは個人保証人の責任限度（民465の2 I）であり、この定めなくして貸金等根保証契約は効力を有しない（同法同条II）。つまり、極度額を定めること、および極度額を超える保証債務については責任を負わない点は根保証における強行規定である。このことから、根保証とは特定の債権者（根保証契約後元本確定前に債権譲渡を受けた譲受人も含む）と根保証人間における複数の主債務を極度額という責任限度額内で保証する契約ということになるだろう。

本事案は根保証人が法人であり、民法にいう根保証ではないことから、民法上の根保証、すなわち、個人保証人が根保証をする場合について判断を下しているものと明確にいうことはできない。したがって、本判決が民法上の根保証についても妥当するとした場合、元本確定前に任意に保証人によって弁済された保証債務額を極度額に算入することにつき強制すべきである（極度額への算入を強行規定的に解釈する）。なぜならば、上述したように極度額は保証人の責任限度額であり、保証人も書面により当該限度額を明確に認識し（同法同条III）、それを超える保証債務を負担しない明確な意思が、当該書面から確認できるとともに、強行規定（同法同条I）により責任限度が保持されるのであり、たとえ保証人が債権者の請求に基づき元本確定前に任意に保証債務を弁済したとしても当該弁済額は極度額に包含されていると捉えるのが保証人の合理的意思であり、極度額に算入されないとすれば責任限度である極度額を超える負担を結果的に保証人に強いることになり、強行規定を潜脱することになるからである。⁴³⁾

また、根保証契約を締結した以上、個別保証も併存しているとの解釈を採るべきではない。極度額の縛りのない個別保証も生じているとの解釈を採るのであれば、根保証の極度額を法定する趣旨をないがしろにしてしまうことになるからである。

反対に、極度額への算入を強制せず、契約自由に任せるということであれば、個人が根保証人である場合は、本判決を適用すべきではなく、確定時債務根保

証的に捉え、元本確定前における保証請求を認めるべきではない。この場合は、個人保証人の保護を十分に図るべきだからである。

ところで、「民法（債権関係）改正に関する中間試案」（以下、中間試案という）の「第17 6 保証人保護の方策の拡充」では、貸金等根保証契約につき保証人が個人であるものは無効とされるも、例外として経営者は保証人となることができると考えられている。そうではあっても、経営者は個人であり、個人としての生活保障と再起保障の観点から、極度額を責任限度として、元本確定前の任意弁済額を極度額に算入させることを強行規定的に解するなど、一般の個人保証人の場合と同様、十分な保護を図るべきと思われる。

（2）極度額を上限とする履行方法

随伴性については、これを認めても厳格に保証人の責任限度が保持されるのであれば、保証人に不利益は少ないものと思われる。ただし、元本確定前後を問わず、極度額を上回る保証債務が生じた場合につき、根保証契約に、極度額を上限としてどのように保証債務を履行するかにつき何ら定めのない場合も多いであろうから、債権額に基づき按分した額を弁済するか、極度額に満つるまで任意に弁済するか、債権発生時点を基準として各債権を順位づけ、先順位から極度額に満つるまで弁済するかなど、どの方法を一応の基準とするかにつき、条文化するのが妥当であるが、そうでなくとも最高裁が基準を示すべきだと思われる。⁴⁴⁾

ただし、元本確定後の配分方法だと保証弁済を全額について受けることができないので、確定前に存する債権について全額請求する方が得だと判断することもありえ、特に債権譲受人が自己の譲受債権を元本確定前に全額回収するためにあえて確定前請求することが考えられる（極度額に満つるまでの配分方法は当初の債権者と根保証人との契約により決定されるものであるが、当該合意による決定方法は債権譲受人をも拘束することになる。）が、根保証人にとっては極度額への算入が強制的になされる以上、不利益は少ないものといえよう。

（3）貸金等根保証以外の根保証契約の元本確定の強制

極度額の合意のない一般根保証契約には本判決の射程が及ばないことも十分

に考えられる。本判決の射程は、極度額の定めのある根保証契約（一般根保証契約、貸金等根保証契約）に関するものだけであると限定的に考えるべきである。そうでなければ債権者が元本を確定させないまま、主債務者とさらに取引を継続することにより、際限なく過大な責任を負わせられることになりかねない。このような極度額の定めのない、特に個人保証人における根保証契約については、個人保証人保護の観点から、債権者による元本確定前請求による元本確定を強制すべきである⁴⁶⁾（元本確定を強行規定的に解すべきである）。

なお、中間試案との関係でいうのであれば、中間試案「第17 5根保証」では、極度額および元本確定事由の規律の適用範囲を拡大し、保証人が個人である根保証契約一般に適用するものとする案が示されている。ただし、建物賃貸借の保証等に関しては、賃貸借契約が自動更新されるなどして継続しているにもかかわらず、根保証契約のみが終了するのは妥当でないなどの指摘がなされていることから、元本確定期日の規律の適用範囲を拡大するとしても、一定の例外⁴⁷⁾を設ける必要性についてさらに検討するとの見解も示されている。これについては保証会社による保証も発達していることから、そちらを利用すべきであり、あえて個人を保証人とするべきではないと思われる⁴⁸⁾。

そのような状況にありながら、建物賃貸借の保証等につき、個人保証を認めるのであれば、中間試案「第17 5根保証」(1)案を採用し、これら契約についても、極度額および元本確定事由の規律を拡大適用すべきものと思われる。

(4) 根保証と根抵当権の併用

根保証が根抵当権と併用される場合、本判決は、根保証が、根抵当権では元本確定前に回収できない硬直性を補完する手段たりうることを明確にした。元本確定後における全被担保債権を回収するのではなく、金融機関としてはそのうちの一部の被保証債権を回収したいとの要望に応えることができる。債権者（譲受人を含む）・債務者間に発生する少額債権の早期回収に寄与することになり、根抵当権を多用する金融機関にとって有益な判決だといえる。

根保証で元本確定前請求がなされても、任意弁済された主債務は消滅すると同時に根抵当権の被担保債権でもなくなるわけであり、複雑な関係は生じない⁴⁹⁾。両方で極度額が異なるなど保証・担保する債権が異なることになる場合、その

場面としては、a. 当初から極度額が異なっている場合、b. 設定当初両者の極度額が同額だとしても元本確定日が異なることとなる場合、c. 同じく設定当初同額の極度額であったものが元本確定前における根保証人の任意弁済により、当該弁済額が極度額に算入された場合、d. 根保証の元本確定前における主債務の譲渡に伴い根保証が移転した場合、が考えられる。

特にc・dの場合、根保証人兼根抵当権設定者は結果的に根抵当権の極度額分累積的に保証債務を負担することになってしまう⁵⁰⁾。しかし、この点は根保証と根抵当権とは異なる法的制度であり、制度創設時において根保証が根抵当権と併用されることにつきかならずしも想定されていなかったことであろうからやむをえないものと思われる。累積的負担を回避するためには、元本確定前の任意弁済に応じる場合は弁済額分の根抵当権の極度額の減少（変更）を合意しておく⁵¹⁾などの対処が必要となろう。

また、元本確定後での弁済状況によっては法定代位の割合についても、極度額が異なることにより、根保証人兼物上保証人である場合と物上保証人（場合によっては保証人）である場合とに区分されることになる⁵²⁾。すなわち、根保証と根抵当権の両者が重なる債権については、根保証人兼物上保証人として保証人一人⁵³⁾として、重ならない債権については、物上保証人（場合によっては保証人）としての代位の割合になるのであるが、求償方法に関する何らかの合意をしておくこともできようし、そのような合意がない場合は、民法501条に規定された方法に基づき求償することになるものの、どの債権を重なる部分の債権とすべきかの判断につき問題が生じうるように思われる。しかし、そもそも、この問題についてはc・dの場合だけではなく、aおよびbの場合にあっても生じる問題であり、従来の問題であるから、本判決が出たからといって新たな論点になるものではない。

(5) その他の論点

その他の論点としては次のものがある。

- ①元本確定前請求を認めない、あるいは主債務の譲渡に保証債務が随伴しないとする別段の合意の主張・立証責任

これは債権者が原告として元本確定前に根保証人に請求をするのであるから、

当然に根保証人からの抗弁に位置付けられ、根保証人が主張・立証することになる⁵⁴⁾。

②保証極度額は保証人の債務自体を制限するものとして理解する（限度を超える保証人に対する請求は、主張自体失当として棄却）か、保証人の責任を限定するものと理解する（保証人の債務それ自体は主債務の全部を対象とするが、その責任は極度額の範囲内で負えば足りる）か

これについては、一般的にいつて、信義則の適用によって金額的制限あるいは割合的な制限が認められる場合には、その制限は、保証人の債務それ自体ではなく、責任が制限されると理解する方が妥当であると思われる⁵⁵⁾。

③根保証債務の第三者弁済によっても極度額は減少するか

元本確定前請求における根保証人による任意弁済額につき、極度額への算入を強制するとして、任意弁済は根保証人が支払うべき責任限度額であるから、根保証人と法律上の利害関係のない第三者が弁済しても、根保証人の意思に反するときは、極度額に影響させるべきではないと解するのが妥当ではないだろうか。よって、法律上の利害関係のある第三者による弁済および法律上の利害関係がなくとも根保証人の意思に反しないときの弁済は、有効となり（民474）、極度額は減少する。そして有効に弁済した第三者は根保証人への求償により回収できることになる。

④根抵当不動産から回収できない残極度額分を一般財産によって補う趣旨で、債権者が同一人との間で同一極度額の根抵当権設定契約と根保証契約とを締結した場合に、先に実行された根抵当権による回収分を根保証債務の極度額から控除することは認められるか

この点については契約自由の原則により、そのような内容の特約をすることが必要となるであろう。

⑤先後不明の通知に基づく指名債権の二重譲渡の処理と同様に、根保証人につき、債権者不確知（民494後段）に準じた弁済供託を認めるべきか、認めたとして、供託金還付請求権を総債権者に按分比例的に帰属させるべきか
この点は債権譲渡法理に服すべきかと思われる。

以上

注

- 1) 本判決以前に公表された裁判例としては千葉地判平21・3・19金商1337・46がある。これは元本確定前に主債務の譲渡に根保証債務の随伴性を認めたものであるが、根保証契約の債権者に破産手続が開始された後に破産管財人が主債務者に対する債権を第三者に譲渡したものであり、債権者と根保証人との根保証取引関係が終了したものと解されることから、事実上、元本が確定したものととして、随伴性を認めたものであるとの評価がなされている。この判決が述べている一般論は「一般に、基本的な継続的取引関係から生ずる多数の債務を担保することを予定している保証契約においては、その基本的関係が正常に継続している間は、特別の定めがない限り、個々の主債務が移転しても保証債務は移転しないものの、基本的関係が終了した場合には、その時点で生じていた債務のみを担保することに定まると解されている」としていることから、決して元本確定前における随伴性を認めたものではない。
- 2) 個別保証集積説は、根保証は根抵当権とは異なり、あくまでも保証であることを重視する立場から、根保証は保証期間中発生する個別保証の集積であるとする考え方（下村信江「判批」金法1977・17（2013））である。これに対し、根抵当権類似説は、根保証は根抵当権の規定を用いて法定されたものであるから、根抵当権と同様のものと捉える考え方（同17）である。
- 3) 西村信雄『繼續的保證の研究』81（有斐閣、1952）、西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』144頁〔西村信雄〕（有斐閣、1965）
- 4) 吉田徹＝筒井健夫＝眞田寿彦＝西江昭博「民法の一部を改正する法律の概要（2）」NBL801・32、38注（17）（2005）。なお、元本確定期日については、保証期間の経過によって、自己の引き受けた保証責任がすべてゼロになるといった誤解を根保証人に与えかねないために、この用語が用いらただけであるとの指摘もなされている（岡本雅弘＝河野玄逸＝筒井健夫＝松本恒雄＝村田利喜弥「座談会 新しい保証制度と金融実務（下）」金法1736・25〔河野玄逸発言〕（2005））。
- 5) 随伴性については、次の点も指摘されている。すなわち、根抵当の場合には、抵当権設定者は、債務を負担することなく、責任を負担するにとどまるので、債務者が元本確定期日前の個々の被担保債権を弁済することは可能であっても、その弁済がないことを理由に、これによって元本が確定する場合は格別、根抵当権を実行して抵当権設定者の責任を追及する余地がないのに対し、根保証の場合は、保証人は、主債務について責任を負うだけではなく、自ら保証債務について責任を負担しているため、主債務を履行しなければ、その責任を追及されてもやむを得ない立場にある。この点が、根保証の場合は随伴性を肯定する論拠と解されなくもないとする（匿名「判批」金商1408・18（2013））。
- 6) 鈴木祿弥＝竹内昭夫『金融取引法大系 第5巻 担保・保証』438頁〔鈴木正和発言〕（有斐閣、1984）
- 7) 岡本ほか・前掲注（4）〔松本恒雄・河野玄逸発言〕23-24
- 8) 我妻栄『新訂債権総論』462-463頁（岩波書店、1964）
- 9) 我妻・前掲注（8）475頁、岡本ほか・前掲注（4）〔松本〕24も同旨。
- 10) 元本確定の意義については、根抵当権と根保証とで異なるものと思われる。すなわち、根抵当権は後順位担保権者との関係からの必要性であり、根保証の場合は根保証人保護の

見地からの必要性である。この点は、根保証をかならずしも根抵当権と同じに考える必要はないとする個別保証集積説を支持する根拠になり得る。

- 11) 藤原彰吾「元本確定前の根保証の随伴性を認めた最高裁判決」金法1965・5（2013）。
- 12) 根抵当権には、民法398条の7第2項が禁止規定として存在している。
- 13) 山野目章夫「根保証の元本確定前における保証人に対する履行請求の可否」金法1745・10（2005）、平野裕之「2民法（債権法）改正を契機とした保証法改正について——中間論点整理に即した検討——」全国クレジット・サラ金問題対策協議会出版部編著『民法「債権法」改正と保証人保護：保証被害をなくすために』50頁（全国クレジット・サラ金問題対策協議会出版部、2011）、中原利明「保証」金法1874・55-56（2009）
- 14) 榛葉隆雄「2『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に関する意見募集に対する意見」全国クレジット・サラ金問題対策協議会出版部編著『民法「債権法」改正と保証人保護：保証被害をなくすために』89頁（全国クレジット・サラ金問題対策協議会出版部、2011）
- 15) 林良平「根保証人の代位弁済と担保権の移転」手研307・75（1981）、岡本ほか・前掲注（4）25〔村田利喜弥発言〕、中原・前掲注（13）57、平野・前掲注（13）52-53頁。岡本ほか・前掲注（4）〔河野〕24は、元本確定前であれば、根保証人に対して保証債務の履行請求ができないとすると、金融実務は全く機能しない。機能させるためには、民法465条の4の元本確定事由に追加して、主債務の弁済期が到来したときとか、あるいは債務不履行になったときとか、あるいは債務不履行になったとき、債権者の方から請求があったときには、当然確定するという制度設計になっていなければ、金融実務として根保証というツールがほとんど使えない、とする。
- 16) 平野・前掲注（13）50頁
- 17) 平野・前掲注（13）49-50頁
- 18) 山野目・前掲注（13）10-11、中原・前掲注（13）57
- 19) 上甲悌二「根保証に関する平成16年改正と残された実務的問題点」椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『法律時報増刊 民法改正を考える』236頁（日本評論社、2008）
- 20) 榛葉・前掲注（14）89頁
- 21) 内海順太「新保証制度における元本確定に関する検討」金法1759・37（2006）は、保証極度額に算入できないとすれば、金融機関の保証契約に関する顧客への説明態勢の観点からも不都合だと指摘している。
- 22) 山野目・前掲注（13）11、中原・前掲注（13）58、佐藤正謙＝村上祐亮「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第5回 保証」NBL925・101（2010）、赫高規「判批」NBL994・5（2013）
- 23) 山野目・前掲注（13）11
- 24) 田路至弘＝本村健＝平山賢太郎＝政本裕哉＝岡香里＝大櫛健一「判批」商事1991・40-41（2013）
- 25) 譲受人からしても根保証人による人的担保があるから安心して債権の譲り受けができ、随伴性の容認は譲受人保護に資することになる。
- 26) 鈴木禄弥編『新版 注釈民法（17）債権（8）』480頁〔鈴木禄弥＝山本豊〕（有斐閣、1993）。この点については、根保証の確定後の債権譲渡の場合でも同じ問題を生ずるから

- 随伴性を否定する理由にならないとの指摘がなされている（赫・前掲注（22）6）。これについては、確定後の場合は、特定債権の一部についてのみ通常の保証がされた場合において、被保証債権の一部が分割して譲渡されたときと同様に解すればよい（中原・前掲注（13）60）から、一種の連帯債権となって極度額の限度まで債権譲渡人と譲受人の双方が被保証人に請求するとの処理で可能となるから、複雑な問題は生じない（松本恒雄「判批」金商1422・5（2013））との指摘がある。
- 27) 匿名「判批」判時2178・19（2013）
- 28) 能見善久「第1章 根担保——根保証を中心に」金融法務研究会編『担保法制をめぐる問題』8頁（金融法務研究会事務局、2006）
- 29) 匿名・前掲注（5）18
- 30) 榛葉・前掲注（14）90頁、上甲・前掲注（19）237頁。大阪弁護士会も随伴性には反対の立場を採っている（大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務〈上〉』370頁（商事法務、2011））。
- 31) 足立格＝栗生香里＝池辺吉博＝上柳敏郎＝古賀政治＝児島幸良＝道垣内弘人＝三上徹「座談会 債権法改正における『保証』の論点」事業再生と債権管理133・48〔栗生香里発言〕（2011）。ただし、銀行側の立場に立つて否定する見解もある。すなわち、法律関係の複雑化の回避等の理由から、随伴性を有しないものとするのを原則とすべきであるとし、特約をしておくことを必要としている（中原・前掲注（13）60）。
- 32) 匿名・前掲注（27）18-19
- 33) 野村豊弘「第2章 根担保の随伴性」金融法務研究会事務局『金融法務研究会報告書（14）担保法制をめぐる諸問題』19頁（金融法務研究会、2006）は、規範については当事者間の合意によるが、合意がないときは弁済充当の規定によることの可能性を指摘している。なお、被保証債権の総額が極度額を超える場合で、一部債権譲渡がされたときは保証対象になるか否か明確な合意が必要と解するとの見解も主張されている（松尾弘「判批」法セ703・144（2013））。
- 34) 岡本雅弘「根保証の元本確定」金法1783・5（2006）。中原・前掲注（13）59-60は、取引実務の現場では、継続的取引の保証人にとっては、債権者が誰であるかは保証契約を締結するに際して重要な動機と考えられ、とくに、保証履行に際してどのような債権者と協議することになるのかは保証人にとり事実上大きな利害を持つとし、不良債権のバルク処理に関し、保証人からのクレームが多いものの1つとして、「〇〇銀行が貸しているから保証したのであり、他の者が債権者となることは聞いていない」であり、銀行取引で使用される保証書には、債権者が代わる可能性については明記していない（同・前掲注（13）60注16）。
- 35) 平野裕之「根保証における確定前の権利関係」慶應法学26・186（2013）は、個人保証の場合は保証人有利に、経営者や法人保証の場合は債権者に有利に解釈すべきと主張している。
- 36) 赫・前掲注（22）4、匿名・前掲注（27）18-19、藤原・前掲注（11）4、平野裕之「判批」新・判例解説Watch民法（財産法）68・1（2013）、田路ほか・前掲注（24）40、佐藤＝村上・前掲注（22）100、河津博史「判批」銀法757・67（2013）、近藤泰彦「判批」銀法760・18（2013）、高橋恒夫「貸金等根保証債権の元本確定前の被保証債権に対する随

伴性の有無」銀法760・58（2013）、松尾・前掲注（33）144、下村・前掲注（2）37、岩藤美智子「判批」金法1981・34（2013）。これに対し、本判決の射程として貸金等根保証が含まれるかにつき、議論の余地があるとする見解も揭示されている（清水恵介「判批」税経通信969・193（2013））が、貸金等根保証も本判決の射程に含まれると考えるのが素直な見方であろう。また、本件根保証契約書にAからCへの債権譲渡を予定したような記述も存在することと、当該記述から被保証債権がCに譲渡され、さらにXに譲渡されたにもかかわらず、Yが保証人として当該債権についても責を負うことが予測の範囲内であったとしているところから、実際は個別債務の特定保証を問題とする事例であるともみることができるとする特殊事例であるから、事例判決と評価すべきであり、一般的判決との評価に反意を示す見解（松本・前掲注（26）6）も示されている。

37) 田路ほか・前掲注（24）40

38) 平野・前掲注（35）3

39) 岡本・前掲注（34）5、藤原・前掲注（11）5

40) 中原・前掲注（13）57-58。次のように指摘されている。すなわち、元本確定前の履行請求で、甲銀行の債権が①500万円、②700万円、③800万円の合計2,000万円であり、甲銀行と乙保証人との根保証極度額が1,500万円となっている場合、乙の保証の及ぶ範囲はどの範囲かという問いに対し、A. ①②③の全部に及んでおり、甲銀行としては、どの債権についても乙に請求してよいが、総額で1,500万円しか請求できない、B. ①②③の各債務について、1,500万円を主債務の額に按分して保証している、C. 保証元本確定前はAだが、確定後はBである、の3つの選択肢を挙げる。元本確定前にBを取ると、主債務が変動するので保証債務がそれに伴って変動することになり、現実的でない。Cは確定時の全債権について割合的な部分保証となるとすると実務上の処理が難しく（数百通の割引手形があり、そのうちどれが不渡りとなるかわからない状態で保証が確定した場合）、現実的ではない。よって、保証期間満了ないし元本確定の前後を問わずAと考えるべきであるとする（同・前掲注（13）57-58）。

41) 債権者からの元本確定前請求により元本が確定するとの特約の締結や元本確定前における任意の弁済額を極度額に算入するとの特約の締結も、契約自由の原則からすれば可能である（松本・前掲注（26）6）。

42) 清水・前掲注（36）191

43) 上甲・前掲注（19）236、佐藤＝村上・前掲注（22）101

44) この点については前述したとおり、譲受人を含めた債権者間に優先順位を根拠づける規定がない以上、「極度額に満つるまで任意に弁済する」ことになるものと思われる。

45) たとえば、次の債務等の根保証契約である。すなわち、継続的な商品売買に係る代金債務、不動産賃貸借に係る賃借人の債務、医療契約に基づく患者の債務、高齢者施設等の利用契約に基づく利用者の債務、などである。

46) 商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集〈第3巻（上）〉』748頁（商事法務、2013）

47) 商事法務編『民法（債権関係）改正に関する中間試案の補足説明』222頁（商事法務、2013）

48) どうしても身近の個人に保証人になってもらう必要がある場合もあろうが、そのような

事情は貸金等根保証契約についてもいえることから、不動産賃貸借に係る賃借人の債務、継続的な商品売買に係る代金債務等についても、個人による保証を制限しない理由はないものと思われる。なお、中間試案「第17 6 保証人保護の方策の拡充」では貸金等根保証以外の根保証契約についても個人による保証を無効とすべきとの見解が主張されている(商事法務・前掲注(47) 226-227頁)。

- 49) なお、最三小判平6・12・6判時1519・78は、根保証契約と根抵当権設定契約が同一の当事者間で同時に締結された場合に、根保証契約の保証の限度額が明示されなかったとしても、根抵当権の極度額が債務の額を具体的に想定した上でその範囲内で抵当不動産の担保価値を把握すれば足りるとして定められたなどの事実関係にあっては、根保証の極度額は根抵当権の極度額と同額であり、かつ、両者は併せて当該同額の範囲内で債務の支払いを保証または担保するものと解すべきであるとしている。
- 50) 松本・前掲注(26) 6
- 51) 松本・前掲注(26) 6
- 52) 根保証および根抵当権の両者が元本確定前である場合は、根保証人兼物上保証人であるとして代位の割合が定められることになろう。なぜならば、最高裁は弁済時説を採用しているからである(最一小判平9・12・18判時1629・50。なお、五十嵐清「判批(最三小判昭37・9・18民集16・9・1970)」民商48・6・123(1963)参照)。
- 53) 最一小判昭61・11・27民集40・7・1205
- 54) 松尾・前掲注(33) 144
- 55) 園部厚「保証債務履行請求訴訟における諸問題」大段亨編『最新裁判実務大系 第1巻 簡裁関係訴訟』273-274頁(青林書院、2013)。